



**Insinuación de donación del padre de familia a favor de su hijo menor de edad.
¿Quién la autoriza?**

Ana María Osorio Gil

Trabajo de grado para optar por el título de Magister en Derecho

Director

Luis Felipe Vivares Porras, Doctor en Derecho

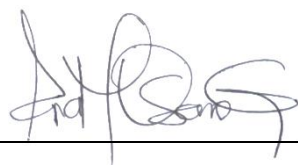
Universidad Pontificia Bolivariana
Escuela de Derecho y Ciencias Políticas
Maestría en Derecho
Medellín
2023

Diciembre 14 de 2023

Ana María Osorio Gil

“El contenido de este documento no ha sido presentado con anterioridad para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en esta o en cualquiera otra universidad.”

Firma



INSINUACIÓN DE DONACIÓN DEL PADRE DE FAMILIA A FAVOR DE SU HIJO MENOR DE EDAD. ¿QUIEN LA AUTORIZA?

ANA MARÍA OSORIO GIL

Resumen

El sistema jurídico colombiano presenta un vacío legal respecto a la autoridad competente para autorizar la insinuación de donación cuando el donatario no sea plenamente capaz. La insinuación de donación tiene como finalidad la protección del patrimonio del donante en favor de sí mismo, como en favor de terceros acreedores o posibles herederos. Actualmente el estatuto adjetivo solo incorpora mención expresa sobre esta clase de asuntos según lo previsto en el Decreto 1712 de 1989, por el cual se autoriza la insinuación de donación ante notario público siempre que donante y donatario sean capaces. A su turno, el artículo 5 del Decreto 2272 de 1989, facultaba a los jueces de familia, a conocer de las solicitudes de insinuación de donación en única instancia. Pero, por mandato del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, fue derogado. En efecto, el notario ejerce una competencia rigurosamente documental, mientras que el juez posee la facultad de dirimir conflictos, intervenir en procesos que no contenga cuestión litigiosa como persona juzgadora. Para esto se hace indispensable establecer si el notario bajo el ejercicio de su función pública cumple con las condiciones para autorizar dicho instrumento o si por el contrario debe ser concebido como un acto meramente procesal facultado solamente los jueces para su aprobación.

Palabras Clave

Donación, insinuación, padre de familia, hijo de familia, competencia, Notario, Juez.

Introducción

La enajenación de los derechos a título gratuito implica una donación. Contemplada como una especie de liberalidad mediante la cual una persona reparte generosamente sus bienes sin esperar contraprestación por ello. En efecto, exige un acuerdo de voluntades entre donante y donatario que conlleva a el empobrecimiento en el patrimonio del donante y por consiguiente el enriquecimiento en el patrimonio del donatario. (Martínez, 1990).

De conformidad con el artículo 1458 del Código Civil, cuando las donaciones superen la suma de cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes debe cumplirse con el requisito de insinuación. Considerándose como un método de protección del patrimonio del donante, quien por irreflexión puede apresurarse en generosidades exageradas y ruinosas; o bien por el interés de la familia del donante, quienes pueden verse privados de las asignaciones forzosas; o por el interés de terceros acreedores, a quienes puede disminuirse la prenda general sobre los bienes de su deudor. (Corte Suprema de Justicia, 1956).

El Decreto 1712 de 1989, facultó a los notarios para autorizar la insinuación de donación, caso en el cual donante y donatario deben concurrir ante notario público a presentar personal y conjuntamente la solicitud, siempre y cuando sean plenamente capaces. Pues en caso contrario, el artículo 5 del Decreto 2272 de 1989, facultaba a los jueces de familia, a conocer de estas solicitudes y su competencia radicaba única y exclusivamente ante ellos, sin posibilidad de elección, siempre que donante o donatario no fueran plenamente capaces. (Superintendencia de Sociedades, oficio 220-124682 de 2008).

La insinuación de donación es considerada como un trámite independiente, orientado a conseguir una licencia para donar, por lo cual dicha autorización debe estar supeditada a un riguroso análisis al tratarse de trámites judiciales. Mientras que, en la faceta notarial comprende

la verificación de requisitos de ley y emisión de un instrumento público en el cual se plasme la voluntad de donante y donatario. (Corte Suprema de Justicia, SC3725, 2021).

Ahora bien, el Decreto 2272 de 1989 fue derogado por el artículo 626 de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, recobrando aplicación lo dispuesto en el artículo 1458 del Código Civil que fue reformado por el Decreto 1712 de 1989. Presentando el sistema jurídico colombiano un vacío legal respecto a la autoridad competente para autorizar la insinuación de donación cuando el donatario no sea plenamente capaz, al no poderse obligar por sí mismo, y sin la administración de otra persona.

No obstante, la insinuación ante notario busca que el particular examine íntegramente el cumplimiento de las exigencias formales de ley, para que la insinuación pueda elevarse a escritura pública. El Decreto 1712 de 1989 nada indicó sobre la competencia del funcionario encargado de tramitar aquellos asuntos en los que la donación vincula a una persona que no es plenamente capaz. Es por esto, que debe resolverse si el notario bajo el ejercicio de su función pública cumple con las condiciones para autorizar dicho instrumento o por el contrario, al evidenciarse que uno de los contratantes no goza de capacidad comercial corresponde única y exclusivamente al juez motivado por un análisis probatorio riguroso determinar el alcance de los derechos intersubjetivos de los contratantes, o la posibilidad de celebrar el contrato. (Corte Suprema de Justicia, SC3725, 2021).

Pues bien, en materia de insinuación de donación por vía notarial se le asigna la competencia al notario del domicilio del donante, pero en cuestión judicial no se tiene claridad de quién es el juez competente para autorizar la insinuación de donación entre un padre de familia a favor de su hijo menor de edad, dado que el Código General del Proceso no incorpora mención expresa sobre la insinuación de donación por vía judicial y su respectivo trámite, en

tanto el legislador erradicó cualquier referencia de ellos. (Corte Suprema de Justicia, AC2545, 2023).

A efectos de resolver el vacío legal, se desarrollará el presente artículo en tres espacios, un primer momento, profundizando sobre la naturaleza jurídica del contrato de donación, un segundo momento, desarrollando una distinción entre el procedimiento notarial y judicial de la insinuación de donación entre un padre de familia a favor de su hijo menor de edad, y por último, identificando la autoridad competente encargada de autorizar la insinuación de donación entre un padre de familia a favor de su hijo menor de edad.

Contrato de donación

El Código Civil en su artículo 1443 define la donación entre vivos así: “La donación entre vivos es un acto por el cual una persona transfiere, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona que la acepta”. Concepto que es impreciso, en el sentido que la donación como tal no es un acto sino un contrato, porque exige el concurso de las voluntades de donante y donatario pues sin la aceptación del donatario, la sola voluntad del donante constituye únicamente una oferta, cuando lo que realmente se debe consolidar es un convenio de gratuidad. (González, 2015).

Del anterior enunciado normativo se puede inferir que la donación entre vivos es de carácter gratuito, al no derivarse ninguna contraprestación por parte del donatario; unilateral, en cuanto a que solo nacen obligaciones para el donante; principal, al subsistir por sí solo; irrevocable, en principio, pues por ingratitud puede ser revocada; nominado, contemplado y definido por la ley; consensual, al existir consentimiento por parte del donante y donatario. (Valencia, 1993).

Por tratarse la donación de un contrato, se exige que cumpla con todos los requisitos señalados para los contratos en forma general, esto es, el consentimiento, el cual debe estar libre de todo vicio; la capacidad de cada una de sus partes; y el objeto lícito de las obligaciones que se contraigan. (Martínez, 1990).

El consentimiento de la donación se tiene por cumplido cuando recorre las etapas de oferta del donante, aceptación del donatario y notificación de la aceptación al oferente. Faltando una de estas etapas, no puede hablarse del contrato de donación sino de un mero proyecto de gratuidad. Usualmente estas fases se presentan coetánea o simultáneamente en un mismo

contrato, cuando a la celebración de este concurren al mismo tiempo donante y donatario. (González, 2011).

La voluntad de donar la conforma un elemento positivo y uno negativo; el positivo consiste en la voluntad de desligarse de un derecho patrimonial en favor de otra persona, y el negativo en no pretender recibir nada a cambio. En efecto, implica el empobrecimiento en el patrimonio del donante y por ende el enriquecimiento en el patrimonio del donatario. (Martínez, 1990).

Se debe diferenciar la capacidad para donar de la capacidad para adquirir donaciones. En lo que concierne a la primera, se exige ser mayor de 18 años, de modo que, conforme el artículo 1445 del Código Civil, son inhábiles para donar los que no tienen libre administración de sus bienes. Respecto a la segunda, el donatario debe existir al momento de efectuarse la donación, a menos que la donación se realice bajo condición suspensiva, para lo cual será imprescindible existir al momento de cumplirse la condición estipulada. (Martínez, 1990).

Por otra parte, debe mediar la aceptación del donatario, la cual debe estar dirigida a recibir sin dar nada a cambio. Estableciéndose, como lo dice la doctrina, un curioso caso de representación por ministerio de ley, puesto que podrá aceptar la donación por el donatario sin que medie poder especial, ni general cualquier ascendiente o descendiente suyo, con tal que sea capaz de contratar u obligarse. Lo cual es preceptuado por el inciso segundo del artículo 1468 del Código Civil. (Corte Suprema de Justicia, 1978).

El objeto lícito está integrado por el bien que se traspaşa del patrimonio del donante al donatario. Todos los derechos patrimoniales pueden ser objeto de donación. Por consiguiente, se puede donar la propiedad que se ostente sobre un bien mueble o inmueble, la servidumbre, el usufructo y la posesión. Del mismo modo un heredero puede donar los derechos herenciales que

le correspondan de una herencia, así como también el cónyuge sobreviviente puede donar los derechos gananciales. (Martínez, 1990).

La solemnidad en el contrato de donación es exigida en los siguientes casos: primero, cuando versa sobre bienes inmuebles; segundo, al encontrarse sujetas a plazos o condiciones, implicando el cumplimiento de una condición de modo o tiempo fijada por el donante; tercero, en aquellas que tienen causa onerosa, expresando el motivo que impulsa al donante a hacerlas, para lo cual deben otorgarse mediante escritura pública y suponer la inscripción del título ante la oficina de registro de instrumentos públicos para su perfeccionamiento. (Linares, 2008).

En las donaciones que versan sobre bienes muebles, no es necesario que exista contrato de donación elevado a escritura pública, en otras palabras, no requieren solemnidades especiales. Ahora bien, si lo donado supera los cincuenta salarios mínimos legales, sea mueble o inmueble, se deberá cumplir la solemnidad consistente en la obtención de la autorización de insinuación. De ahí que, en caso de no agotar el requisito de insinuación se podrá invocar la nulidad del contrato de donación y devolución de lo donado. (Consejo de Estado, radicación 11001-03-27-000-2005-00067-00, 2007).

Explicó la Corte Suprema de Justicia en Fallo del 04 de abril de 1956, G.J LXXXII, p.256 que:

Se reconoce y sanciona la validez de las donaciones entre vivos, con el lleno de ciertas formalidades y dentro de ciertos límites, que se justifican por motivos de orden superior: bien por el interés del propio donante, quien por irreflexión puede precipitarse en liberalidades excesivas y ruinosas; o bien por el interés de la familia del donante, cuyos parientes más próximos llamados a recibir su herencia, pueden verse privados de las asignaciones forzosas, por obra de donaciones que absorban la totalidad de su

patrimonio; o bien por el interés de los acreedores, a quienes puede menoscabarse la prenda general tácita sobre los bienes de su deudor, a través de liberalidades sin tasa.

Dentro de este criterio la ley reglamenta estrictamente las donaciones entre vivos, cuya validez y eficacia se reconoce cuando se cumplen las formalidades prescritas y no se quebrantan aquellos intereses.

Tanto la compraventa como la donación son contratos traslaticios de dominio, que por su naturaleza sirven para ser transferidos. Dispone el Código Civil en su artículo 1852 que es nulo el contrato de venta entre el padre y el hijo de familia. Una prohibición análoga ocupa el Código de Comercio al expresar en su artículo 906 que no podrán comprar directamente, ni por interpuesta persona, ni aun en subasta pública, el padre y el hijo de familia entre sí. (Cárdenas, 2021).

Dicha prohibición se aplica entre los padres e hijos no emancipados, buscando proteger el interés de los acreedores frente a ventas en las que pueden verse defraudados. En el sentido que el inconveniente radica en que una persona no puede celebrar contratos consigo mismo y que como quiera el titular de la patria potestad representa al hijo, estaría simultáneamente declarando la voluntad en nombre de las dos partes. (Cárdenas, 2021).

En definitiva, el contrato donación de bienes muebles e inmuebles entre un padre de familia a favor de su hijo menor de edad no está prohibido en el ordenamiento colombiano, pero puede ser usado como una maniobra fraudulenta, actuándose con falta de rectitud, lealtad, es decir su proceder sea fundado en la mala fe, al configurarse por una misma persona la voluntad de dos partes. (Corte Suprema de Justicia, SC3725, 2021).

Pues bien, a través de la donación se transfiere a título gratuito el dominio de un bien, mediante un acuerdo entre partes, existiendo siempre la voluntad del donante para donar y la

aceptación del donatario para recibirla. Con lo cual se pretende, materializar la aceptación del donatario y proteger el patrimonio del donante en razón de la cuantía, de forma que no se trate de una donación lesiva, con la cual se afecte su propia subsistencia. (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, radicación 1575931030022017-00162-01, 2021).

Agregando a lo anterior, de conformidad con lo expuesto en el artículo 1468 del Código Civil, en lo que concierne a la aceptación por el donatario sin poder especial, ni general, efectuado por cualquier ascendiente legítimo suyo con tal que sea capaz de contratar y de obligarse. Solo es admisible única y exclusivamente para el contrato de donación, en el entendido que la insinuación de donación es un acto completamente independiente e inicial, con formalidades de ley distintas en cuanto a la exigencia de la capacidad de las partes.

Insinuación de donación por vía notarial y judicial

La transmisión de bienes sin contraprestación alguna fue vista con desconfianza por los juristas romanos, quienes estimaban que tal hecho podría ocasionar atropellos. Por ello, la Lex Cincia del año 204 a.C. prohibió la posibilidad de efectuar donaciones de muebles o inmuebles a personas no exceptuadas, y que, posteriormente se instituyera la formalidad de la insinuación, como método de protección del patrimonio del donante, evitando facilitarle a cualquier interesado adoptar medidas de transferencia gratuitas entre vivos con fines viles como el fraude a terceros, evasión de obligaciones tributarias, disipación o entre otras hipótesis. (Corte Suprema de Justicia, SC3725, 2021).

Los textos legales añejos no describieron con claridad las facultades de los funcionarios encargados de autorizar la insinuación de donación, de modo que imposibilita determinar si era de su competencia rechazarlo o consentirlo. De hecho, algunos justificaban que la insinuación consistía en un simple trámite registral que bastaba con la intervención del notario, a su vez otras interpretaciones se inclinaron por caracterizarla como una auténtica autorización que debía ser motivada por la justicia pública. Esta diferencia de criterios se mantuvo durante el periodo de codificación, de modo que la insinuación en algunos textos se reguló como un mero acto registral, con fines de difusión, y en otros, como nuestro Código Civil Colombiano, fue dirigido a obtener una licencia para donar. (Corte Suprema de Justicia, SC3725, 2021).

Es así como el texto original del artículo 1458 del Código Civil, antes de ser modificado, era: Se entiende por insinuación la autorización de juez competente solicitada por el donante o donatario. El juez autorizará las donaciones en que no se contravenga a ninguna disposición legal. Debiendo ser insinuadas aquellas donaciones que superarán los dos mil pesos. Pero, con el tiempo, tal regulación se tornó desmesurada, de cara a la extensión de principios como la

autonomía de la voluntad privada y libre disposición. Atribuyendo a los Notarios, la facultad para autorizar mediante escritura pública las donaciones que requieren insinuación siempre que donante y donatario sean plenamente capaces. (Corte Suprema de Justicia, SC3725, 2021).

Si bien, al mirar con detenimiento la nueva regulación sobre la insinuación de donación, la novedad radicó en modificar la autoridad ante la cual se desarrolla el acto de insinuación, y en acrecentar el valor de las donaciones que exigen esa formalidad. (Corte Suprema de Justicia, SC5131, 2020).

El requisito de insinuación es exigido por el artículo 1458 del Código Civil, modificado por el Decreto 1712 de 1989, cuando se trata de donaciones de más de cincuenta salarios mínimos mensuales vigentes, caso en el cual donante y donatario deben concurrir ante notario público para declarar su voluntad de donar y de aceptar dicha donación. Con lo cual se pretende, materializar la aceptación del donatario, y proteger el patrimonio del donante en razón de la cuantía. (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, radicación 1575931030022017-00162-01, 2021).

La insinuación de donación protocolizada por medio de instrumento público, pretende solemnizar la autorización o licencia que el Notario imparte a la solicitud presentada por donante y donatario por superar el tope legal específico, al querer el donante reducir su haber patrimonial en favor de otro, siendo un requisito independiente e inicial indispensable para que la donación sea válida, y no pueda verse afectada por una causal de nulidad. (Consejo de Estado, radicado 11001-03-27-000-2005-00067-00, 2007).

De conformidad con el artículo 5 numeral 17 del Decreto 2272 de 1989, se les asignaba a los Jueces de Familia, el conocimiento en primera instancia del acto de insinuación de donación entre vivos. Asunto que por mandato del numeral 10 del artículo 649 del Código de

Procedimiento Civil debía tramitarse por el procedimiento de jurisdicción voluntaria. En el mismo sentido, el Decreto 1712 de 1989, por el cual se modificó el artículo 1458 del Código Civil, facultó a los Notarios para autorizar mediante escritura pública las donaciones que requieren insinuación siempre que donante y donatario sean plenamente capaces, pudiéndose presentar la solicitud ante el notario del domicilio del primero de ellos.

Por conducto de los preceptos legales del citado Decreto 1712 de 1989, se facultó a los fedatarios públicos para la comprobación previa de ciertas exigencias indispensables para la extensión de la escritura pública de insinuación de donación, quienes se encargarían de autorizarla cuando la solicitud proviniera del común acuerdo de los contratantes, fueran ellos capaces, pudiéndose realizar personalmente por las partes o por intermedio de sus apoderados y no se contrariara con el acto jurídico ninguna disposición legal. Adicional a lo anterior, la escritura pública de rigor, además de los requisitos que le son propios, debe contener el avalúo comercial del bien, la demostración de calidad de propietario del donante y que éste conserva lo necesario para su congrua subsistencia. (Corte Suprema de Justicia, SC3725, 2021).

La Superintendencia de Sociedades mediante oficios 220-124682 del 04 de diciembre de 2008 y 220-085101 del 08 de julio de 2013 concluyó que: “en los eventos que, en la operación económica de donación, intervengan menores, es decir incapaces, el conocimiento del proceso de insinuación y autorización será de competencia del juez de familia.”

No obstante, la insinuación de donación no versa sobre una competencia exclusiva, en el sentido que el interesado podrá optar entre asistir a la vía judicial o a la notarial, pero la primera sí es propia en el evento que el donatario no sea plenamente capaz. (Parra, 2008).

Ahora bien, el Decreto 2272 de 1989, por medio del cual se les asignaba a los Jueces de Familia la autorización de insinuación de donación, fue derogado por el artículo 626 de la Ley

1564 de 2012, Código General del Proceso, recobrando aplicación lo dispuesto en la norma establecida en el artículo 1458 de Código Civil, que fue reformado por el Decreto 1712 de 1989, preceptuando que la donación entre vivos requiere de insinuación notarial, dejando en el sistema jurídico colombiano sin obligatoriedad alguna la insinuación por vía judicial. (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, Sentencia confirmatoria, 2021).

Es por lo anterior que, el sistema jurídico colombiano presenta un vacío legal en relación al funcionario competente encargado de autorizar la insinuación de donación cuando el donatario no sea plenamente capaz, en el sentido que se le otorga a esa expresión con la entrada en vigencia de la ley 1996 de 2019 y el Decreto 1420 de 2020, por medio del cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad. Normas fundadas en la ratificación emanada de Colombia de La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, la cual establece en su artículo 12, la obligación del reconocimiento de la capacidad legal plena para las personas con discapacidad y el establecimiento de los apoyos y salvaguardas necesarios para su ejercicio.

De conformidad con el artículo 1 de la ley 29 de 1973, el notario ejerce una competencia rigurosamente documental, todos los actos en los que interviene debe constar en un instrumento público o acta notarial. Ejerciendo un servicio particularmente rogado, regido por la buena fe, el mutuo acuerdo y el principio de la autonomía de la voluntad, resaltando la función de asesoría y consejo tal cual lo expone el artículo 7 del decreto 960 de 1970. (Corte Constitucional, Sentencia C-052 de 2021).

La Constitución Política califica la actividad notarial como un servicio público, por medio del cual faculta el ejercicio de funciones públicas y la prestación de servicios conferidos a un particular. El número progresivo de las tareas que la organización política debe cumplir han

llevado a procurar el concurso de los particulares, asociándolos, a la realización de actividades de las cuales el Estado aparece como titular, proceso que en algunas de sus manifestaciones responde a la denominada descentralización por colaboración. En otras palabras, el notario es un particular con carácter de autoridad a quien el Estado ha confiado la importante labor de brindar seguridad jurídica en los contratos, actos negocios jurídicos y relaciones jurídicas, exigiéndose el cumplimiento de ciertas solemnidades de ley. (Corte Constitucional, Sentencia C-181 de 1997).

En sentido contrario, el papel del juez no puede reducirse en una simple asignación mecánica de los postulados legales a actuaciones particulares, pues se estaría ignorando la complejidad de la realidad social. Cumpliendo a cabalidad un papel de agente racionalizador del derecho, con suficientes facultades de resolver conflictos, o intervenir como persona juzgadora en un proceso que no contenga cuestión litigiosa. (Corte Constitucional, Sentencia C-836 de 2001).

Conforme a los preceptos de los artículos 1457, 1458, 1464 del Código Civil y el Decreto 1712 de 1989, el legislador determinó como exigencias para la validez del contrato de donación el cumplimiento del requisito de insinuación de donación cuando verse sobre una cuantía mayor a cincuenta salarios mínimos legales, la formalidad de suscribirse en escritura pública al tratarse de bienes inmuebles y el inventario solemne de bienes en aquellas donaciones que se efectúen a título universal. En otras palabras, la insinuación es concebida como un requisito de validez del contrato de donación, que al no agotarse o al ser omitida alguna formalidad prescrita por la ley conduce a la sanción de la nulidad absoluta. (Corte Suprema de Justicia, SC3725, 2021).

Adicionalmente, en lo que respecta de las sanciones civiles a los actos o contratos elevados a escritura pública no solo se someten a las tradicionales nulidades absoluta y relativa descritas en el Código Civil, pues, para los denominados actos notariales tiene prevista la nulidad

formal, tal cual lo expone el artículo 99 del Decreto 960 de 1970. Esas exigencias formales, cuya falta se sanciona con el vicio de nulidad, son específicas y se predicen del instrumento público entendido como acto independiente. En otras palabras, una es la nulidad que se pueda derivar del instrumento público al desentenderse de alguna de las causales enunciadas por el artículo 99 del Decreto 96 de 1970 y otra totalmente diferente, corresponde a la nulidad absoluta prescrita por el artículo 1740 del Código Civil, al declarar nulo todo acto o contrato en los que falte alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato. (Corte Suprema de Justicia, SC5131, 2020).

Postura sobre la cual la Corte Suprema de Justicia ha expresado:

Es posible, naturalmente, que el contenido de la escritura, cuando es negocial, adolezca de una causal de nulidad, mas no por semejante motivo se verá comprometido el instrumento en sí. En el mismo orden de ideas, si sobre la escritura pública gravita uno de los motivos de nulidad indicados en el artículo 99 del Dto. 960, su contenido, por lo menos en principio, no tiene por qué sufrir influencia de ninguna especie de ese hecho, puesto que se está ante dos entidades que jurídicamente se conciben o captan de manera autónoma, así estén conectadas en la medida en que la escritura dice de la declaración. Otra cosa, por supuesto, será que, con ocasión de la declaratoria de invalidez de la escritura, desaparezca también su contenido cuando este no puede permanecer sin el sustento de aquella por ser condición de su propia existencia; sin embargo, aún en tal caso, la cuestión siempre se sopesará desde el ángulo del instrumento y no desde el de las declaraciones en ella consignadas. Por tanto, cabe afirmar que las declaraciones en sí mismas desempeñan un papel neutro o indiferente respecto de las exigencias formales de la escritura pública, de donde se sigue que estas exigencias de índole formal ninguna

dependencia crea respecto de lo que determine la ley sustancial acerca de esas declaraciones (Corte Suprema de Justicia, SC5131, 2020).

Aunado a lo anterior, el decreto 1069 de 2015 en su artículo 2.2.6.1.1.3 y el decreto 2148 de 1983 en su artículo 3, coinciden en sus disposiciones al señalar:

“El notario no autorizará el instrumento cuando llegue a la conclusión que el acto que contiene sería nulo por incapacidad absoluta de alguno de los otorgantes o por estar clara y expresamente prohibido en la ley”.

En tenor a lo dispuesto en el artículo 21 del Decreto 960 de 1970 modificado por el artículo 35 del Decreto 2163 de 1970, el notario no autorizará el instrumento público cuando compruebe con el contenido de las declaraciones de los otorgantes, por hechos percibidos directamente por él o apoyado en pruebas fehacientes, que el acto pudiere llegar a ser totalmente nulo conforme a lo expuesto en el artículo 1504 del Código Civil.

En consecuencia, la insinuación es un requisito indispensable para la validez del contrato de donación, condicionado a su propia existencia, y al ser omitido o autorizado irregularmente se incurriría en el vicio de nulidad absoluta. Si bien, la función notarial se basa, de un lado, en la verificación de requisitos, atendiendo los presupuestos de ley, y de otro, a la expresión de un documento público en el cual se consigne el querer de donante y donatario. Es por esto que el notario está en la obligación de examinar las condiciones esenciales para que pueda otorgarse la autorización de donar, las cuales son: la demostración del interés de donar y aceptar lo donado presentando la respectiva solicitud mediante apoderados o en nombre propio; el reconocimiento de la capacidad de los contratantes para desarrollar el acto jurídico; la aportación de pruebas sobre el valor comercial de los activos; y la comprobación que el donante conserva recursos suficientes para asegurar su congrua subsistencia, para que los acreedores del donante no resulten

afectados por la donación. De este modo, cuando el notario conciba satisfechos estos requisitos autorizará que se formalice la solicitud en escritura pública. (Corte Suprema de Justicia, SC3725, 2021).

Por consiguiente, los documentos que presenten los contratantes deben ser objeto de un estudio prudente por parte del notario respectivo, antes de ser autorizado el instrumento público contentivo del acto de insinuación, pero no por ello sus reflexiones se deban motivar en el análisis probatorio de las providencias de los jueces, dado que el trámite notarial no se equipara a un proceso judicial y mucho menos el instrumento que allí se otorgue es asimilable a un acto de jurisdicción. (Corte Suprema de Justicia, SC3725, 2021).

En definitiva, el notario no autorizará la escritura pública contentiva del acto de insinuación de donación al constatar que no se cumple con la formalidad prescrita por la ley correspondiente a la capacidad de uno de los contratantes, adicionalmente conforme a el decreto 1069 de 2015 y el decreto 2148 de 1983 tampoco podrá legalizarlo al concluir que el acto que contiene sería nulo por incapacidad absoluta de alguna de las partes.

Autoridad competente para autorizar la insinuación de donación del padre de familia a favor de su hijo menor de edad

El juez tiene una labor de interpretación e integración del ordenamiento positivo, permitiendo atribuirle al ordenamiento jurídico un significado preciso, coherente y útil. Por tal motivo, la tarea del juez no puede resumirse a una simple atribución mecánica de los postulados normativos consagrados en la ley a casos concretos, pues se estarían desconociendo la complejidad y la particularidad de la realidad social. Jugando un importante papel en la sociedad, como un funcionario racionalizador e integrador del derecho dentro de un Estado. (Corte Constitucional, Sentencia C-836 de 2001).

El derecho a un juez preestablecido, con competencias delimitadas conforme la ley, garantiza la imparcialidad en cada juicio, dado que descarta la probabilidad que se presenten jueces ad hoc, elegidos para el caso y que pueden resolver las controversias jurídicas fundadas en apreciaciones parciales. Asignando el conocimiento de ciertos asuntos de acuerdo a su competencia. (Universidad Católica de Colombia, 2010).

El trámite notarial no tiene naturaleza jurisdiccional, dado que no existe un proceso en las actuaciones que se ejercen ante el notario, toda vez que la ley determina formalidades y requisitos para otorgar una escritura pública, pero en ningún momento se pueden concebir como actos procesales, ya que, el notario no tiene facultad de dirimir conflictos, ni mucho menos intervenir en un proceso que no contenga cuestión litigiosa como persona juzgadora, rol que claramente cumplen a cabalidad los jueces. (Corte Constitucional, Sentencia C- 181 de 1997).

El referido Decreto 1712 de 1989 mediante el cual se facultó a los notarios para tramitar la insinuación de donación logró de alguna forma desjudicializar algunos trámites, asignándoles a los notarios la mentada facultad, la cual podrán ejercer siempre y cuando donante y donatario

sean plenamente capaces, pues en caso contrario deberán presentarse ante el juez, al no desempeñar los fedatarios una función jurisdiccional. (Corte Suprema de Justicia, AC418, 2023).

En la actualidad, el Código General del Proceso no menciona sobre el trámite que se debe seguir para agotar el requisito de insinuación de donación por vía judicial, dado que se descartó cualquier referencia de ellos. Por su parte, el Código de Procedimiento Civil disponía de forma expresa que este tipo de asuntos se debían ajustar al procedimiento de jurisdicción voluntaria, y aunque el ordenamiento vigente no lo articule, igualmente queda supeditado a este, conforme lo dispone el artículo 577 del Código General del Proceso al prever en su numeral 9 esa posibilidad. (Corte Suprema de Justicia, AC418, 2023).

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que:

Pues como señala la doctrina vernácula, lo que caracteriza el proceso de jurisdicción voluntaria civil es que, inicialmente, no existe conflicto de intereses ni de voluntades, en cuanto a la petición en sí misma que inicia el proceso, y el hecho, por lo tanto, de que la declaración del juez se solicita respecto de cierta o ciertas personas y no en contra de otra. Devis Echandia, Compendio de Derecho Procesal, t. I 2ª ed. Bogotá, Edit. ABC, 1972 pág. 135. (Corte Suprema de Justicia, AC418, 2023).

El proceso de jurisdicción voluntaria se diferencia del proceso contencioso porque en la mayoría de los casos sus sentencias no hacen tránsito a cosa juzgada, permitiendo que las mismas peticiones puedan volverse a plantear ante la autoridad judicial. Cabe anotar, que a partir de la entrada de vigencia del decreto 2272 de 1989, Jurisdicción de Familia, los procesos vinculados a la jurisdicción voluntaria quedaron para ser resueltos casi exclusivamente por los jueces de familia, aunque se trata de normas que fueron derogadas por el artículo 626 del Código General del Proceso. (López, 2017).

Es claro que, la autorización de la insinuación de donación notarial solo será posible en la medida que donante y donatario sean plenamente capaces, que se trate de una solicitud de común acuerdo y que no se contravenga ninguna disposición legal. De modo que, si alguna de estas circunstancias no se cumple se debe remitir ante el juez de familia quien cuenta con toda la competencia para analizar rigurosamente dicha aprobación, según lo previsto en el numeral 13 del artículo 21 del Código General del Proceso, que les asignó en única instancia el conocimiento de aquellos asuntos relacionados con: licencia para disponer o gravar bienes, en los casos previstos por la ley. (Corte Suprema de Justicia, AC2545, 2023).

En concordancia con lo anterior, Martínez (1990), manifiesta que:

Pues bien, en tratándose de donación entre vivos, el inciso segundo del apuntado artículo 1458 dice que por insinuación debe entenderse la autorización del juez competente solicitado por donante y donatario. Y autorización, en su principal significación, quiere decir tanto como licencia o venia que se concede para que quien la pida pueda obrar. Es, pues, un permiso previo a la actuación, y no aprobación o confirmación de lo ya hecho. Agregase que el legislador en el canon citado usa las palabras donante y donatario para referirse a quienes van a concertar un contrato de donación y no a quienes ya lo celebraron.

Claramente, se equiparó la licencia para enajenar o gravar bienes de un menor de edad a la decisión de autorizar la insinuación del contrato de donación.

En efecto, siempre que se pretenda enajenar o gravar bienes de un incapaz, se debe obtener autorización del Juez de Familia, por los trámites del proceso de jurisdicción voluntaria. En la reglamentación civil una de las maneras de ejercer la ineludible protección de los menores y los demás incapaces está acompañada de medidas legislativas encaminadas a la protección del

patrimonio del incapaz, especialmente de sus bienes inmuebles, por lo cual es indispensable que el representante legal del niño, niña o adolescente demuestre mediante prueba legalmente aducida ante el juez, el provecho o necesidad que existe en el acto de dispositivo para lograr la aprobación de la licencia de autorización judicial. (Corte Constitucional, Sentencia C- 716 de 2006).

Así pues, el legislador suministra en el representante legal, sea el padre de familia, el tutor o el curador, una persona que supla su inmadurez o sus problemas cognoscitivos cuando actúan obligándose en el ámbito jurídico; no obstante, respecto de algunos actos esta protección general no se considera suficiente, por lo cual la ley civil los recubre de exigencias adicionales. (Corte Constitucional, Sentencia C- 716, 2006).

Es menester manifestar que en materia de insinuación de donación por vía notarial se le asigna la competencia al notario del domicilio del donante, pues bien, del mismo modo opera cuando el asunto debe desarrollarse ante los jueces. (Corte Suprema de Justicia, AC418, 2023).

El artículo 2 del Decreto 1712 de 1989, por el cual se autoriza la insinuación de donación, señaló que la solicitud deberá ser presentada ante el notario del domicilio del donante. Si tuviere varios domicilios, ante el notario del círculo que corresponda al asiento principal de sus negocios. Y si en el círculo hubiere más de un notario ante cualquiera de ellos.

Por su parte, en el ámbito judicial la competencia territorial llamada a aplicarse en estos casos al tenor de lo dispuesto en el numeral 13 del artículo 28 del Código General del Proceso se determinará así:

a) En los de guarda de niños, niñas o adolescentes, interdicción y guarda de personas con discapacidad mental o de sordomudo, será competente el juez de la residencia del incapaz; b) En los de declaración de ausencia o de muerte por desaparecimiento de una persona, conocerá el

juez del último domicilio que el ausente o el desaparecido haya tenido en el territorio nacional; c) En los demás casos, el juez del domicilio de quien los promueva.

Esta última pauta es idónea para asignar la competencia en situaciones en las que donante y donatario coincidan con el mismo domicilio, no ocurre igual con aquellas en las que no comparten la vecindad, puesto que en esos casos se debe recordar que el acto de insinuación es conocido como método adicional e independiente de protección al patrimonio del donante, por lo que será el domicilio del donante el predominante en la competencia territorial. (Corte Suprema de Justicia, AC2545, 2023).

Así lo expresó la Corte Suprema de Justicia (2023), al definir un conflicto de competencia:

Tratándose de la insinuación de donaciones, de una mirada ligera de la norma podría pensarse, que no siendo asunto contencioso y que la demanda puede estar suscrita por donante y donatario, cuando esto ocurre, la competencia podría asignarse al juez del domicilio de cualquiera de estos, en los eventos en que no tengan uno común.

Empero, tal inferencia no se aviene plausible, en la medida que el interés del donatario deviene derivado de la intencionalidad previa del donante de beneficiarlo económicamente, puesto que la donación constituye un título traslativo del dominio, de suerte que la insinuación, como tal, tiene el propósito no solo el de garantizar su validez, sino que, al constituir acto de desprendimiento patrimonial, busca prevenir que en su realización se afecten injustificadamente los intereses de terceros.

En conclusión, por la naturaleza del asunto, la insinuación de donación corresponde a un proceso de jurisdicción voluntaria, asignándole al juez de familia la competencia para autorizar aquellas cuestiones relacionadas con la licencia para disponer o gravar bienes. Desde un punto de

vista objetivo, estamos en presencia de una doble protección, inicialmente para el donante, quien para esta investigación ostenta la calidad de padre de familia, pues se protege su patrimonio, los intereses de otros familiares que pueden verse despojados de asignaciones forzosas, y a todos aquellos terceros acreedores. Del mismo modo se salvaguarda al donatario, quien para esta investigación ostenta la calidad de hijo menor de edad, pues al ser reconocidos como sujetos de especial protección constitucional se exige un análisis metódico de un juez al momento de salir e ingresar un bien mueble o inmueble a su patrimonio. No obstante, para efectos de competencia territorial el domicilio del donante prevalecerá en su fijación, puesto que el interés de la insinuación de donación se deriva de la intencionalidad del donante de beneficiar económicamente al donatario.

Conclusiones

La donación consiste en un negocio jurídico bilateral, en tanto exige el concurso de voluntades de donante y donatario. Originándose el interés del donatario por la voluntad previa del donante de beneficiarlo económicamente, de suerte que la insinuación como tal, tiene la intención de garantizar la validez del contrato de donación y conformar un acto independiente que busca evitar que en su ejecución se afecten injustamente intereses de terceros. (Corte Suprema de Justicia, AC418, 2023).

Es requisito para la validez del contrato de donación, que se realice la insinuación si supera el monto de los cincuenta salarios mínimos legales vigentes exigidos por el artículo 1457 del Código Civil, o que se formalice el negocio por instrumento público cuando se trate de bienes inmuebles, pudiendo acarrear una nulidad absoluta si no se desarrolla correctamente el procedimiento. (Corte Suprema de Justicia, SC5131, 2020).

La insinuación de donación consiste en un requisito que se justifica por motivos de orden superior, con la finalidad de proteger el interés propio del donante, evitando el desequilibrio y mal uso de su proporción de liberalidad, dado que debe conservar medios adecuados para su congrua subsistencia. O bien, por el beneficio de la familia del donante, quienes pueden verse privados por sus asignaciones forzosas o también por los mismos acreedores interesados en el patrimonio del donante. En caso de no cumplir con el requisito de insinuación, se podrá solicitar la nulidad del contrato de donación. (Consejo de Estado, radicación 11001-03-27-000-2005-00067-00, 2007).

El artículo 5 del Decreto 2272 de 1989, facultaba a los jueces de familia, a conocer de las solicitudes de insinuación de donación en única instancia. Pero, por mandato del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, fue derogado, recobrando mayor aplicación lo

dispuesto en el Decreto 1712 de 1989, por medio del cual se facultan a los notarios para autorizar la insinuación de donación, caso en el cual donante y donatario deben concurrir ante notario público a presentar personal y conjuntamente la solicitud, siempre que fueran ellos plenamente capaces y no se contraria con el acto jurídico ninguna disposición legal. En el caso que se presentara la existencia de un incapaz como parte, radicaba la solicitud única y exclusivamente ante los jueces de familia, sin posibilidad de elección. (Superintendencia de Sociedades, oficio 220-124682 de 2008).

El fedatario público claramente ejerce una función meramente documental, las actuaciones que se cumplen ante un notario no pueden ser consideradas como actos procesales, es por esto que se debe ceñir a las formalidades de ley al carecer de un poder decisorio impositivo. (Corte Constitucional, Sentencia C-181 de 1997).

Aunado a lo anterior, el notario no autorizará el instrumento cuando llegue a la conclusión que el acto que contiene sería nulo por incapacidad absoluta de alguno de los otorgantes o por estar clara y expresamente prohibido en la ley, de conformidad con las disposiciones contenidas en el decreto 1069 de 2015 y el decreto 2148 de 1983. Por lo cual, el Juez de la República, como garante de una tutela efectiva, el debido proceso y la prevalencia del derecho sustancial para hacer real su función social, es la autoridad competente encargada bajo sus actos procesales en autorizar la licencia de insinuación de donación entre un padre de familia a favor de su hijo menor de edad.

Por lo anterior, aunque el legislador haya suprimido asuntos de insinuación de donación, estos fueron instituidos como métodos adicionales de protección al patrimonio del donante, salvaguardando los intereses de sus eventuales acreedores, los cuales continúan considerándose como procesos de jurisdicción voluntaria al no existir un conflicto de intereses. Es por esto, que

corresponderá al juez de familia autorizarlo acorde con lo dispuesto en el numeral 13 del artículo 21 del Código General del Proceso, atribuyéndoles el conocimiento en única instancia. A su vez, el domicilio del donante continuará prevaleciendo en la fijación de competencia territorial como ocurre en el trámite notarial, la regla de conocimiento llamada a emplearse es el numeral 13 del artículo 28 del Código General del proceso. No obstante, si la demanda es presentada por donante y donatario, la competencia podría designarse a cualquiera de los domicilios de las partes. (Corte Suprema de Justicia, AC2545, 2023).

Referencias bibliográficas

Cárdenas Mejía, J. P. (2021). *Contratos. Notas de clase*. Legis Editores S.A.

Corte Constitucional. (10 de abril de 1997). Sentencia C-181 (Fabio Morón Díaz, M.P.).

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-181-97.htm>

Corte Constitucional. (23 de agosto de 2006). Sentencia C- 716, 2006. (Marco Gerardo Monroy

Cabra, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-716-06.htm>

Corte Constitucional. (04 de marzo de 2021). Sentencia C-052.MP (Antonio José Lizarazo

Ocampo, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/C-052-21.htm>

Corte Suprema de Justicia. (1978). Donaciones entre vivos. *Jurisprudencia y doctrina*. (48) 833

Corte Suprema de Justicia. (1956). *Gaceta Judicial, Tomo LXXXII*. Talleres gráficos mundo al día.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (15 de diciembre de 2020). SC5131. (Álvaro

Fernando García Restrepo, M.P.).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (8 de septiembre de 2021). SC3725. (Luis

Alfonso Rico Puerta, M.P.).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (27 de febrero de 2023). AC418. (Hilda

González Neira, M.P.).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (22 de marzo de 2023). AC754. (Octavio

Augusto Tejeiro Duque, M.P.).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (05 de septiembre de 2023). AC2545.

(Octavio Augusto Tejeiro Duque, M.P.).

Decreto 9060 de 1970. Por medio del cual se expide el estatuto del Notariado. 20 de junio de

1990. D.O. No. 33118.

Decreto 2163 de 1970. Por medio del cual se oficializa el servicio del Notariado. 09 noviembre de 1970. D.O. No. 33233.

Decreto 2148 de 1983. (Compilado por el Decreto 1069 de 2015). Por el cual se reglamentan los decretos-leyes 0960 y 2163 de 1970 y la Ley 29 de 1973. 01 agosto de 1983. D.O. No. 36.331.

Decreto 1712 de 1989. Por medio de la cual se autoriza la insinuación de donación ante notario público. 01 de agosto de 1989. D.O. No. 38921.

Decreto 2272 de 1989. (Derogado por la Ley 1564 de 2012). Por el cual se organiza la Jurisdicción de Familia, se crean unos Despachos Judiciales y se dictan otras disposiciones. 07 de octubre de 1989. D.O. No. 39012.

Decreto 1420 de 2020. Por el cual se modifican los Decretos 1068 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público y 1077 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Vivienda, Ciudad y Territorio, en lo relacionado con las causales de terminación de la cobertura de tasa de interés. 03 de noviembre de 2020. D.O. No. 511487.

Girón Medina, Radicado 11001-03-27-000-2005-00067-00. (Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección cuarta 2007).

González Galvis, G. (2011). *Diccionario de derecho notarial y registral, segunda edición.*

González Galvis, G. (2015). *Diccionario de derecho notarial y registral, tercera edición.*

Lasarte, C. (2009). *Contratos. Principios de Derecho Civil.* Marcial Pons

Ley 1996 de 2019. Por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad. 26 de agosto de 2019. D. O. 51057.

- Linares Vesga, J. A. (2008). Aspectos relevantes del contrato de donación entre vivos. *Revista Vía Iuris*. (5) 15-22
- López Blanco, H. F. (2017). *Código general del proceso*. DUPRE Editores.
- Martínez Pardo, H. (1990). *Divorcio del matrimonio civil, insinuación y donación ante notario, guía práctica*. Jurídica radar ediciones.
- Parra Benítez, J. (2018). *Derecho de familia*. Editorial Temis.
- Superintendencia de Sociedades. (04 de diciembre de 2008). Oficio 220-124682.
- Superintendencia de Sociedades. (05 de diciembre de 2008). Oficio 220-125390.
- Superintendencia de Sociedades. (08 de julio de 2013). Oficio 220-085101.
- Tribunal Superior del Distrito Judicial. Sala única. (04 de junio de 2021) Radicación 1575931030022017-00162-01. (Gloria Inés Linares Villalba, M. P.).
- Universidad Católica de Colombia. (2010). *Manual de derecho procesal civil*. Editorial U.C.C.
- Valencia Zea, A. (1993). *Derecho Civil. Tomo V*. Editorial Temis.